

PROYECCIÓN DE LA LEY NATURAL EN LAS LEYES PENALES

Juan Cruz Cruz

1. Autoridad de la ley y fragilidad humana

1. Cuando Domingo de Soto edita su obra *Sobre la justicia y el derecho*, en 1553-54, ya se abría camino entre algunos tratadistas la idea de que podría haber leyes civiles (humanas) que no tendrían por sí mismas repercusión en la conciencia moral, hasta el punto de no obligar bajo culpa, ni grave ni leve; y menos todavía en algunos tipos de leyes penales. Sólo habría que limitar, según esas doctrinas, la repercusión moral profunda al influjo de las leyes divinas en la conciencia humana.

De momento dejo apuntado ese trasfondo argumentativo que Soto conoce muy bien, como veremos, pero que en absoluto comparte. El segoviano se pregunta por el influjo que las leyes pueden tener en la conciencia hasta el punto de obligarla. Estima que las leyes, si son justas, gozan de autoridad y tienen virtud para obligar la conciencia de los súbditos. Y ello es así porque toda ley humana justa se deriva, mediante la ley natural, de la eterna. Por tanto, de la misma ley eterna reciben semejantes leyes el poder que las hace obligatorias en conciencia ante el mismo Dios.

Con toda pulcritud argumenta Soto su tesis, remitiéndose a las causas que hacen *justa* una ley, a saber: la final, la eficiente, la material y la formal. “*Final*, es decir, que la ley se ordene al bien común; porque entre las leyes existe la misma diferencia que entre un tirano y un rey; y así se considera justa la que se ordena al bien común, y tiránica la que sólo intenta el bien particular. Además ha de ser justa por parte de la causa *eficiente*, en el sentido de que quien la promulgue no traspase los términos de su jurisdicción. En tercer lugar ha de ser justa por parte de la *materia*. Porque así como las leyes humanas no deben prohibir las cosas que son buenas según los tiempos y lugares, así tampoco han de mandar las cosas que son malas. Por último ha de ser justa por parte de la causa *formal*. Porque siendo la ley una regla, su rectitud y justicia han de brillar de manera que observe con los ciudadanos, tanto en las recompensas como en las cargas, la misma proporción que ellos tengan con el cuerpo de la nación. Porque son como partes de un todo. Y por esta causa, así como la naturaleza ha repartido sus dones entre las partes, así también a cada ciudadano se le han de repartir las cargas en proporción a sus fuerzas, y se le han de conceder los honores en proporción a sus dignidades. Por tanto la ley que estuviere constituida con estos elementos, será *obligatoria*”¹.

Está claro, por el contrario, que la ley humana *injusta* no obliga en el fuero de la conciencia. “Porque una ley injusta carece de rectitud; por tanto no puede ser regla ninguna, y consiguientemente tampoco es ley; y no siendo ley, no puede obligar a nadie”². La ley se considera injusta al menos cuando es opuesta al bien humano, a

¹ Domingo de Soto, *De iustitia et iure*, I, q6, a4.

² Domingo de Soto, *De iustitia et iure*, I, q6, a4.

saber: cuando por alguna razón es opuesta a alguna de las cuatro condiciones anteriormente dichas; esto es: cuando es defectuosa en alguna de sus causas: final, eficiente, formal o material. Además es injusta cuando se opone al bien divino, en cuyo caso no puede obligar nunca, sino que ha de rechazarse públicamente.

2. Soto reconoce que su tesis podría parecer, respecto a la autoridad civil, menos segura que respecto a las leyes eclesiásticas o también a las leyes divinas y reveladas, sólo las cuales pareciera que tendrían potestad espiritual para obligar a culpa en el fuero de la conciencia. Además, como el fin inmediato del poder civil es el bienestar temporal de la nación, podría parecer también que no extenderían su virtud a las penas espirituales. En definitiva, el poder civil no podría imponer castigo alguno en el fuero de la conciencia, como lo puede la potestad espiritual, con castigos que si no se pagan en esta vida se pagarán en la otra.

Sin embargo, él considera que las leyes civiles pueden, de modo general, obligar incluso a culpa grave³. La ley civil brota de *la ley natural*, por la cual cualquier estado posee la facultad de administrarse a sí mismo; y esta misma facultad la otorga también a los gobernantes. De esta manera se sigue que, frente a las leyes humanas establecidas por la potestad otorgada por la ley natural, está obligado en conciencia todo el que las quebrantare u observare⁴.

Desde esta perspectiva, el obrar contra la ley justa de un gobernante es un mal moral, es una culpa interna; porque si la ley es justa, constituye una regla de la razón; y traspasar los límites de la razón es un extravío y, por tanto, una culpa, grave o leve, según sea la materia y la intención.

El nervio de esta argumentación reside, pues, en que de la ley natural se deriva la ley humana, la cual determina específicamente en particular las leyes generales de la virtud; como por ejemplo, de la ley general de velar por la paz, se concluye que no se ha de andar armado de noche o que, incluso de día, no todo el mundo vaya armado. Por consiguiente, las leyes humanas obligan en el fuero de la conciencia.

³ Para que una ley obligue bajo culpa grave es necesario que la ley sea justa –ya que ninguna ley injusta puede obligar en conciencia–. Para que lo sea debe responder a una relación etiológica y a una relación estructural. *Etiológicamente* puede ser injusta una ley por cuatro causas: por *falta de autoridad* (cuando el legislador sobrepasa los límites de la autoridad que le ha sido dada); por *falta de fin bueno* (cuando el que instituye la ley busca más el bien privado que el público); por *falta de forma debida* (que no exista la debida proporción entre la carga que se impone y la necesidad que se intenta remediar); por *defecto de materia* (si lo que se preceptúa es malo). *Estructuralmente* la ley justa obliga bajo culpa grave cuando la *materia es grave*, o sea, una materia tal que pueda ofrecer causa suficiente para crear tal obligación. Cuando cesa esa relación etiológica y esa relación estructural, la ley no obliga ya bajo culpa grave.

⁴ Podríamos distinguir aquí dos cuestiones: primera, si las leyes civiles obligan *en conciencia*; y, segunda, si también obligan *bajo culpa grave*. Recuérdese que Lutero enseñaba que ninguna ley humana, eclesiástica o civil, podía obligar al hombre *bajo culpa grave*; con esta tesis atacaba, de un lado, toda la organización eclesiástica existente y, de otro lado, también el orden civil. Con un enfoque completamente distinto, estas dos cuestiones son tratadas separadamente por Francisco Suárez en su obra *De legibus*, III; así, la primera en c21: si las leyes civiles pueden obligar *in foro conscientiae*; la segunda en c24: si pueden obligar *bajo culpa grave*.

3. Ahora bien, la potestad civil, a diferencia de la eclesiástica, no es juez de las cosas espirituales, y por tanto no puede determinar que sus leyes se observen bajo culpa grave o leve, sino solamente determinar, constituir, con sus mandatos especies de virtud o de vicio. Es cierto que la transgresión u omisión puede afectar gravemente a la conciencia de quienes las quebrantan; pero eso ha de determinarse atendiendo más bien a la *naturaleza de las cosas*. Soto pone un ejemplo, que es recurrente a lo largo de su obra –y también en las obras de otros tratadistas que le son contemporáneos–: es el caso de la exportación fraudulenta o ilícita del trigo en tiempos de necesidad: “Manda el rey en tiempo de hambre que no se exporte trigo fuera del reino”. Este acto entra a formar parte de la especie de la obediencia. Y como los mandatos de este tipo son de importancia, en este caso se comete culpa grave al desobedecerlos. Pero si manda, en cambio, “no cabalgar sobre mulas, o no vestirse de seda”⁵, siendo así que las cosas que determinan son de poca importancia, su desobediencia será solamente leve.

4. Es en este momento teórico cuando Soto trae a colación la cuestión al principio apuntada, a saber, si existen leyes que, promulgadas por los gobernantes, no obligan a culpa, sino sólo a pena. Pregunta además el segoviano por dónde se conoce qué leyes obligan a culpa moral y cuáles no. “Para algunos intérpretes del derecho –dice–, las leyes que llevan aneja una pena no obligan realmente a culpa, pero esto lo rechazo de plano”⁶. Uno de esos intérpretes era –a mi juicio– Martín de Azpilcueta⁷. Y lo impugna porque ve una equivocación grave en ese asunto: no se promulgan las leyes con un *complemento* como el siguiente: ‘mando bajo culpa grave, o leve’; la gravedad o levedad se ha de juzgar *por la naturaleza de lo que se manda*. Por lo cual Soto declara con seguridad que toda ley, dada sin condición alguna –es decir, que no indique lo contrario–, obliga a culpa –grave o leve, según sea la importancia de lo prescrito–. La razón que aduce Soto es clara: porque la ley incluye ya en sí un *precepto de obediencia*: y la obediencia es de suyo una virtud y la desobediencia una falta moral. De lo cual se sigue que ni siquiera puede considerarse como señal segura el que, cuando un gobernante establezca una ley que no obligue a culpa, lo consigne expresamente.

⁵ Domingo de Soto, *De iustitia et iure*, I, q6, a4.

⁶ Domingo de Soto, *De iustitia et iure*, I, q6, a4.

⁷ Martín de Azpilcueta (1492-1586), llamado el Doctor Navarro, coincidió temporalmente con Soto en la Universidad de Salamanca. El período salmantino de Azpilcueta transcurre desde 1524 hasta 1537; Soto ocupó la cátedra de vísperas en Salamanca de 1532 a 1545. Por lo que hace a nuestro asunto, Azpilcueta escribió un opúsculo, *De lege poenali*, que titula *Commentarium in c. Fraternitas del Decretum Gratiani*, c2, 12, 11 (*Opera*, t. II). Empieza ahí declarando brevemente el sentido de dicho capítulo y sigue comentando el problema de la obligatoriedad de las leyes penales a culpa y pena. En su *Enchiridion sive Manuale confessoriorum* vuelve al mismo problema de la obligatoriedad de las leyes penales. Aunque las obras de Azpilcueta se publicaran poco después del tratado *De iustitia et iure*, es de suponer que Soto podría haber tenido entre sus manos los magníficos “apuntes de clase” que se solían hacer en la universidad salmantina, incluso es lógico suponer que hubiera asistido a las lecciones extraordinarias de Azpilcueta.

Lo que se plantea aquí no es de poco calado: cuando una ley, civil o eclesiástica, es promulgada, produce formalmente una obligación moral; y a veces impone después una pena contra los transgresores, a fin de que por el miedo a la pena procuren observarla mejor. El problema que entonces surge es si esta pena añadida a la ley quita o no la obligación de observarla; y si el súbdito, al quebrantar la ley, se hace sólo reo de pena o es, además, reo de una transgresión moral.

Azpilcueta –insisto– afirmaba que ninguna ley, al serle añadida una sanción penal, obligaba moralmente a cumplirla, sino que bastaba sólo el exponerse, con su quebrantamiento, al peligro de la pena impuesta⁸. Domingo de Soto reaccionó vivamente contra esa opinión, argumentando que el poder, tanto eclesiástico como civil, puede establecer una ley que obligue al transgresor *bajo culpa grave*, aunque tal ley imponga también penas contra el transgresor.

Por lo tanto, Soto afirma que el poder –eclesiástico o civil– puede establecer una ley puramente moral que obligue *bajo culpa grave*, y también puede añadir al mismo tiempo el gravamen de la sanción penal; pero la imposición de la pena no suprime ni altera la obligatoriedad moral de la ley.

En resumen, Soto plantea, como casi todos los tratadistas anteriores, dos cuestiones importantes. Primera, *si la ley humana puede obligar en conciencia a los súbditos*. Segunda, *si puede obligar simultáneamente a culpa y a pena*. Responde que la ley humana, tanto civil como canónica, obliga en conciencia a los súbditos; aunque la ley humana injusta no obliga en el fuero de la conciencia, ni tampoco las leyes humanas contrarias al bien común. Añade, además, que la ley penal puede obligar bajo culpa, pudiendo coexistir en una misma ley la doble obligación a culpa y a pena. En cualquier caso, la pena ha de ser proporcional a la culpa cometida: pues la pena tiene necesaria correlación con la culpa, de tal manera que sin ésta no tiene razón de ser. Por tanto, no hay ninguna ley penal legítima que no obligue moralmente, a no ser que el legislador exprese en ella la intención contraria de no obligar. Por su parte, la ley humana obliga a culpa por sí misma, sin anexión de pena; y como la carga que ésta supone no anula la anterior, coexisten ambas en una misma ley.

5. Pero, puestos en el punto más extremoso de la cuestión, cabe preguntar si pueden las leyes humanas obligarnos bajo culpa grave de tal manera que haya de preferirse sufrir la muerte antes que quebrantarlas. Soto advierte, con Cayetano, que los legisladores humanos no han de llegar a tanto, pues no son dueños de la vida y de la muerte. Pero si ley humana obliga bajo culpa moral grave, obliga también consecuentemente a sufrir la muerte por cumplirla. Soto considera cierto que lo que se manda puede ser de tanta importancia para la sociedad que su cumplimiento puede exigir hasta perder la vida. Puesto que cuando un general

⁸ En su *Manuale confessoriorum* afirma que las leyes humanas, civiles o eclesiásticas, pueden obligar moralmente, aun *bajo culpa grave*, mas para ello se requiere: primero, que el legislador haya tenido esa intención; segundo, que se presenten con términos preceptivos o prohibitivos, no siendo suficientes los simplemente imperativos (como *dicite, facite*); y tercero, que lo más probable es que todas las leyes humanas, sobre todo las civiles, que amenazan con una pena, *en caso de duda* no lleven consigo reato moral de culpa (se ha de optar por lo más benigno).

“manda a un soldado en tiempo de guerra defender un lugar, en que existe un peligro inminente para la patria, debe estar dispuesto a perder la vida antes que abandonar dicho lugar”⁹. Aunque el general no sea en absoluto dueño de la vida, sin embargo, habiendo causa, puede exponer los soldados a la muerte, como lo exige el todo respecto a las partes.

Sin embargo, se ha de suponer que la ley no obliga a tal extremo. Y por esto, para saber si la ley obliga o no a sufrir la muerte, ha de ponderarse *lo objetivo y real*, a saber: la importancia y gravedad de lo que se manda.

En todo caso, se ha de tener en cuenta –como antes se ha dicho– que las leyes *contrarias a la ley natural* no son propiamente leyes y más bien han de ser desobedecidas. Y lo mismo debe decirse de aquellas sentencias o leyes que se consideran justas tan sólo porque se fundan en una *falsa presunción*, según el fuero externo exclusivamente: ellas no obligan en conciencia, porque, siendo contrarias a la verdad, son contrarias asimismo a la ley natural. “Cuando las leyes humanas son injustas contra los súbditos, no hay obligación en conciencia de obedecerlas, si se pueden desobedecer sin escándalo; lo contrario sería, si hubiere escándalo en no cumplirlas”¹⁰.

2. Culpa y pena

1. Sobre la cuestión ya planteada –si pertenece a la esencia de la ley obligar a los súbditos a culpa, o, al menos, a pena– gravitaba una opinión, propia de algunos juristas que responden negativamente: por ejemplo, el susodicho Martín de Azpilcueta¹¹ decía que la ley consultiva y la ley exhortatoria son propiamente leyes que, sin embargo, no obligan si no se violan con desprecio. Indicaba que hay instituciones humanas –la Orden dominicana, como se verá– cuyas leyes no obligan a culpa, y, consecuentemente, tampoco a pena, puesto que la pena, tomada con propiedad, sólo se debe por la culpa; y, sin embargo, son verdaderas y propias leyes aquéllas por las que se rige y se modera el estatuto de tales instituciones sociales¹².

⁹ Domingo de Soto, *De iustitia et iure*, I, q6, a5.

¹⁰ Domingo de Soto, *De iustitia et iure*, I, q6, a5.

¹¹ Martín de Azpilcueta, *Manual de confesores*, c23, n41; y el tratado *De lege poenali*, ya citado.

¹² Azpilcueta argumenta con algunos ejemplos de estas leyes que tienen, según él, naturaleza de ley, pero sin potestad de obligar a culpa o a pena. El primer ejemplo es el *privilegio*: una ley privada que de ningún modo tiene capacidad de obligar, puesto que podemos renunciar a él. El segundo ejemplo es del *consejo*, que no obliga, y, sin embargo, es una ley, pues por ejemplo hay muchas leyes consultivas que solamente tienen por objeto aconsejar, como es la ley que aconsejaba a los extranjeros a no malgastar tiempo y dinero presentando demandas judiciales. El ejemplo tercero es la ley puramente *permissiva* que no obliga a nada, sino sólo permite, cuando por determinadas causas permite al militar –incluso después de la sentencia– servirse de sus cláusulas restrictivas o excepcionales. El cuarto ejemplo es propio de la ley *exhortatoria* que verdaderamente es ley, y, sin embargo, sólo tiene por objeto exhortar sin coacción alguna.

Pero, como hemos visto, Soto responde que las leyes penales obligan a culpa¹³. Ahora bien, recalca que para la verdadera *naturaleza de la ley* no es suficiente la obligación a la sola pena, sino que se requiere más: se exige la obligación a una culpa.

Quienes no compartían la doctrina de Soto pensaban que es suficiente la obligación a la sola pena para salvar la verdadera esencia de la ley: es lo que acaecería en la ley puramente penal, como había defendido Alfonso de Castro en su obra *De potestate legis poenalis*¹⁴, publicada tres años antes que el tratado de Soto. En principio Castro repite la doctrina común de que legislar no pertenece a una persona privada, sino a la multitud o al príncipe que tiene el cuidado de la multitud: la ley exige la capacidad de *obligar* a los súbditos y esa capacidad la tiene la sola multitud y quien tiene cuidado de ella, pero no una persona privada. A continuación añade que la ley siempre tiene fuerza coactiva, esto es, fuerza obligatoria vinculada *o bien a culpa, o bien a pena*¹⁵. La obligación quedaría relacionada, según Castro, *o a la culpa, o a la pena, o a las dos*.

Los defensores de la existencia de “leyes meramente penales” invocaban un ejemplo que consideraban claro y conocido incluso por Santo Tomás¹⁶ —y mil veces repetido durante todo el Siglo de Oro—: justamente la Regla y las Constituciones de los mismos Dominicos, donde se dice: “Nuestra Regla y Constituciones no nos obligan a pecado, sino solamente a la pena, a no ser cuando se quebrantan contra precepto formal, o con desprecio”¹⁷. Lo cual quiere decir dos cosas: primero, que si no se añadiera esto, obligarían a culpa moral; segundo, que existen patentemente leyes meramente penales. Veremos enseguida cómo resuelve Soto este último asunto.

¹³ Domingo de Soto, *De iustitia et iure*, I, q6, a4.

¹⁴ Alfonso de Castro O.F.M. (Zamora, 1495-Bruselas, 1558). Su obra de referencia, en este tema, es *De potestate legis poenalis*, Salamanca, 1550 [11 ediciones]. Castro enseñó Teología en el convento franciscano de Salamanca entre 1520 y 1545; coincidió, pues, temporalmente con Soto en la ciudad del Tormes. Hay testimonios de que fue conocido, y reconocido, por el claustro de aquella Universidad. Además, Carlos V y después Felipe II le encomendaron arduas e importantes tareas. Escribió también, con anterioridad a la obra referida, *Adversus omnes haereses*, Salamanca, 1534 [34 ediciones]; y *De iusta haereticorum punitione*, Salamanca, 1547 [12 ediciones]. El punto de la cita se halla en *De potestate legis poenalis*, I, c8.

¹⁵ Según Castro, “ley penal es la ley que ordena infligir a alguno una pena por una culpa cometida” [*lex poenalis est lex quae statuit poenam alicui infligi propter culpam commissam*]: *De potestate legis poenalis*, I, c3. En esta definición hay dos elementos necesarios: la *nota diferencial* de la ley penal, establecer una pena; y la *causa* que la origina, a saber, una culpa o delito cometido.

¹⁶ Santo Tomás de Aquino había dicho: “Hay alguna orden religiosa, como la de los hermanos Predicadores, en la que la transgresión u omisión de la regla no obliga por su propia naturaleza a culpa, ni a mortal ni a venial, sino solamente a sufrir la pena fijada; porque de este modo se obligan a observarla. No obstante, ellos pueden pecar de manera venial o mortal por negligencia, por concupiscencia o por desprecio”; *Summa Theologiae*, II-II, q186, a9, ad1. Cfr. U. Mazón, *Las Reglas de los religiosos*, Universitatis Gregorianae, Roma, 1940, pp. 237-320; P. Van Gheluwe, “De lege mere poenali”, *Ephemerides theologicae lovanienses*, 1939 (16), pp. 383-429; A. Camestri, “De lege canonica mere poenali”, *Appollinaris*, 1930 (3), pp. 318-322.

¹⁷ Domingo de Soto, *De iustitia et iure*, I, q6, a5.

Soto no podía razonablemente comprender cómo puede una ley obligar a un castigo que no supone culpa alguna como causa. La razón de esta duda es que pertenece a la esencia intrínseca de la pena el indicar un orden a la propia culpa personal del que la padece y el suponerla como causa. Ésta es la expresa opinión de santo Tomás¹⁸: toda pena, si es justa, es un castigo de la culpa.

Es claro que Soto está ahí pensando también en la postura de Azpilcueta, de quien con probabilidad la habría oído –a él o a sus discípulos– en Salamanca¹⁹: la pena no sería siempre debida a la *culpa* personal del paciente, sino que sería suficiente que lo fuese por una *causa justa*: nadie debe ser castigado sin culpa, a no ser que subyazga una *causa*. Así pues, uno puede padecer una pena o castigo por una causa justa, sin tener culpa alguna.

Quizás Soto y Azpilcueta no estén excesivamente alejados. Podríamos considerar que en su discurso Soto está hablando de la pena tomada en sentido *propio*: la cual supone la culpa del que la padece como causa propia suya. Azpilcueta, en cambio, está hablando de la pena en sentido *amplio*, esto es, como una *aflicción* padecida: no es preciso que esta pena suponga culpa personal del paciente, pues basta que suponga una causa justa a la que uno puede estar obligado, bien sea porque voluntariamente se ha obligado uno a tal pena, o bien sea porque un superior obliga al súbdito a modo de contrato o convención.

2. Acabo de indicar que la sistemática trimembre de las leyes penales fue dada por Alfonso de Castro²⁰: la ley humana se dividiría convenientemente en ley puramente *preceptiva* o prohibitiva²¹, ley puramente *penal*²² y ley *mixta*²³ (compuesta de ambas). También está parcialmente de acuerdo con él Azpilcueta²⁴.

Con esto Castro defiende tres puntos. *Primero*, que la ley humana puede obligar a culpa leve o grave solamente, sin fijar pena alguna humana al infringirla, y así es puramente preceptiva o prohibitiva. *Segundo*, que la ley humana puede obligar a sola pena sin culpa alguna, pues para salvar la noción de ley es suficiente que

¹⁸ Tomás de Aquino, *Summa Theologiae*, I-II, q87, a7.

¹⁹ La cita se encuentra en el tratadito de Martín de Azpilcueta, *De lege poenali*, n10 y ss.

²⁰ Alfonso de Castro, *De potestate legis poenalis*, I, c9.

²¹ “Ley puramente moral es la que manda o prohíbe algo sin establecer pena alguna” [*Lex quae sine alicuius poenae designatione aliquid praecipit aut prohibet dicitur pure moralis*].

²² “Ley meramente penal es aquella que nada manda ni prohíbe, sino que solamente impone una pena al que hiciere u omitiere algo” [*Lex pura poenalis est illa quae nihil facere praecipit aut prohibet; sed tantum imponit poenam illi, qui aut aliquid fecerit aut facere omiserit*].

²³ “Ley penal mixta es aquella que ordena hacer algo o lo prohíbe, decretando además, con palabras expresas y de cualquier modo que sea, una pena contra los transgresores” [*Lex poenalis mixta est quae aliquid fieri praecipit aut prohibet, et insuper verbis expressis statuit poenam contra ipsius legis transgressorem quocumque modo illa statuatur*].

²⁴ Azpilcueta reduce las leyes por su obligatoriedad a una clasificación bimembre: *morales* y *simplemente penales*. Y llega a decir que toda ley gravada con una pena deja de obligar moralmente, ya que no puede una misma ley imponer dos cargas: *la obligación moral y el temor de la pena*. Ver: *Manual de confesores*, c23, n56 ss.

obligue a la sola pena, como las constituciones de algunas sociedades humanas no obligan a ninguna culpa, ni siquiera leve, sino sólo obligan a pena; y por esta razón Azpilcueta dice que ojalá los legisladores humanos imitaran a Santo Domingo quien, obligando en sus leyes a graves penas corporales, sin embargo, no quiso obligar y someter a sus hijos a culpa alguna interior. De este género serían también las leyes que imponen no transportar mercancías prohibidas de un reino a otro; además, las que se refieren al pago de impuestos, como son las alcabalas y los portazgos: Azpilcueta afirma que se trata de leyes puramente penales. Y de esto se infiere que el transportista de mercancías puede lícitamente darse a la fuga ante la presencia de la policía, aunque no puede oponerle resistencia violentamente, pues esto sería culpa grave ya por otro capítulo, a saber: por la injuria inferida a los agentes de la justicia. Tercero, la ley puede obligar a la vez a una culpa y a una pena que ha de ser infligida por un juez humano y que ha de ser impuesta en el foro externo, y, así, es *mixta*. No hay otras leyes que no posean fuerza y capacidad de obligar, a no ser de uno de estos tres modos expuestos.

Ese es el motivo por el que Soto se encara a Castro, quien, inspirado en Enrique de Gante²⁵, limita la tesis de Soto diciendo –como hemos visto– que, dentro de las leyes penales, habría unas que contienen un precepto u prohibición, a las que va unida la amenaza de algún castigo; éstas fueron llamadas *mixtamente penales*, las cuales obligan a la vez a culpa y a una pena. Otras, en cambio, habría que no contienen ningún mandato, ni prohibición, sino solamente la pena bajo condición; y éstas fueron llamadas *puramente penales*. Castro sostiene, pues, que las *mixtas* obligan a culpa, pero de ninguna manera las que son puramente penales. Tanto Castro como Azpilcueta consideran razonable distinguir la ley puramente *preceptiva* y la ley puramente *penal*; e insisten en que la ley puramente penal se distingue de la *mixta*. Sobre este punto argumentan que algunas veces acaece que la pena es establecida y fijada en la ley no por la culpa, sino por la sola causa, como, por ejemplo, la irregularidad –es el caso del juez que al establecer una condena a muerte, aunque sea con toda justicia, cae en irregularidad respecto a la posibilidad de ordenarse sacerdote–; parece, pues, que la irregularidad –o también el entredicho– se establece por la sola causa –o sea, porque hay causa–, sin culpa de quien la contrae. En casos como éste, la ley puramente penal de ningún modo es preceptiva o

²⁵ El autor medieval que llegó a exponer ideas que después servirían para formular la naturaleza de las leyes “meramente penales” (o mejor, *statuta pure poenalia*) fue el Doctor Solemne, Enrique de Gante (1293). Alfonso de Castro se remite a su autoridad; y Soto no duda en reconocer en él la fuente principal de esa doctrina. Pregunta Enrique de Gante “si el hombre puede transgredir los estatutos meramente penales sin cometer culpa alguna, pero cumpliendo la pena” (*Quodlibet*, III, q22). Responde que obrando así no se peca. Pero luego limita bastante el alcance de su aserto, diciendo que en todo estatuto penal, el legislador no procura la pena, pues esto sería cruel, sino la observancia de la ley, a la que añade una pena para su mejor cumplimiento. “En sentido absoluto, no hay ningún estatuto penal que no obligue de algún modo [*aliquo modo*] a culpa”. Además *statuta* significaría ahí propiamente *decreta*, pero no *leges*. Esta referencia a la culpa es la que no puede admitir Alfonso de Castro.

El principal adversario posterior del “mere-penalismo” fue el dominico Silvestre Prierias (1523), quien en su *Summa Sylvestrina* (o *Summa Summarum*), calificó de teoría *verbal* y *pueril* la postura del Gandavense: toda ley obliga moralmente y en conciencia (cfr. voz *Inobedientia*).

prohibitiva, y, por ende, se distingue de la mixta que participa de ambas. La cuestión central, en nuestro caso, es si la ley meramente penal obliga a culpa y en el foro de la conciencia. Castro consideraba que la ley puramente preceptiva posee la capacidad de obligar en conciencia y a culpa, y precisamente por ello, la cuestión citada no es procedente respecto a ella. Solamente lo es respecto a la ley puramente penal y a la mixta, compuesta de ambas, esto es, a la penal y preceptiva.

Asimismo para Azpilcueta ninguna de estas dos leyes obliga a culpa²⁶, si establecen una pena puramente temporal –y a no ser que conste otra cosa de la voluntad del legislador–. Aduce la razón de que, en caso de duda, es preciso interpretar las penas de las leyes en el sentido más benigno, de acuerdo con la regla del derecho. Debemos, pues, interpretar que no obligan a culpa las leyes que establecen una pena temporal, en las que el legislador no explica su intención; y de este modo, queda la *costumbre* como la óptima intérprete de las leyes. Azpilcueta admite, pues, que algunas leyes penales no obligan a culpa, a saber, aquéllas que son puramente penales, es decir, que contienen la sola pena sin otra prohibición. Y considera que es idéntica la razón de todas las demás, a saber, de las mixtas.

Con estos planteamientos Castro tuvo luego seguidores importantes entre los jesuitas: Gregorio de Valencia²⁷ (1549-1603), Gabriel Vázquez²⁸ (1549-1604), Juan de Salas²⁹ (1553-1612) y especialmente Francisco Suárez (1548-1619)³⁰.

3. Soto explica su rechazo a esa doctrina con los textos mismos de santo Tomás³¹, quien había enseñado que la “pena”, por su intrínseca razón de ser –por su naturaleza y condición– indica orden a la culpa y la presupone: de ahí que las leyes que son prudente y justamente dadas fijen pena desigual a culpa desigual. Luego, una ley justa es hasta tal punto puramente penal que impone la pena no sin obligar a culpa, ni sin suponerla.

Seguirían también esta opinión de Soto el dominico Bartolomé de Medina³² y, más tarde, el jesuita Roberto Belarmino³³.

²⁶ Martín de Azpilcueta, *Manual de confesores*, c23, n55 y n56.

²⁷ Gregorio de Valencia, *Commentariorum theologicorum*, t. II, d7, q5.

²⁸ Gabriel Vázquez, *Commentarium ac disputationum*, t. 2, q159, a1-a2.

²⁹ Juan de Salas, *Tractatus de legibus*, disp15: *De lege poenali*.

³⁰ Francisco Suárez, *De legibus*, V, c4. Sobre la existencia y esencia de las leyes “meramente penales” en el período del Siglo de Oro, cfr. J. Brisbois, “A propos des leges purement pénales”, *Nouvelle Revue Théologique*, 1938 (65), p. 1078; A. Morta Figulis, “Suárez y las leyes meramente penales”, *Revista Española de Derecho Canónico*, 1950 (2), pp. 503-629. A. Mostaza Rodríguez, “La ley puramente penal en Suárez y en los principales merepenalistas”, *Boletín de la Universidad de Santiago de Compostela*, 1950, pp. 189-241; M. Rodríguez Molinero, “Teoría de las leyes meramente penales”, en *El origen español de la ciencia del derecho penal: Alfonso de Castro y su sistema penal*, Cisneros, Madrid, 1959, pp. 139-182.

³¹ Tomás de Aquino, *Summa Theologiae*, I-II, q87, a7; II-II, q108, a4.

³² Bartolomé de Medina, *Expositio in Primam Secundae*, q96, a4, dub. 3.

³³ Roberto Belarmino, *De laicis*, c9, pregunta por la obligatoriedad moral de las leyes civiles; y responde que todas obligan en conciencia, invocando la mutua correlación entre culpa y pena. Y si los estatutos religiosos obligan sólo a pena, eso ocurre *non per modum legis*, sino *per modum*

Soto había dejado probado que por su naturaleza la ley está ordenada al bien común; y como todo súbdito está en conciencia obligado a dirigir sus actos al bien común y a conformarlos a éste, resulta que está en conciencia obligado a toda ley, si verdaderamente tiene la obligación de obedecerla.

En fin, el segoviano indicó que el mejor acto de la ley, lejos de toda duda, es el acto de ordenar o mandar; por consiguiente, si una ley penal es verdaderamente ley, no puede no contener un precepto o prohibición. Los súbditos están en conciencia obligados a obedecer el precepto o prohibición del superior, de modo que no obedeciendo cometen al menos culpa moral de desobediencia: toda ley penal obliga a culpa³⁴.

4. Pero el segoviano considera de no poco calado la postura de Castro. Y de una manera y de otra se pregunta si la ley humana que obliga bajo pena, obliga al mismo tiempo bajo culpa³⁵. Sabe que a muchos les parecía lógico pensar que se podría castigar sin haber culpa, aunque no sin motivo o sin causa. Admitían, por tanto, la posibilidad y necesidad de leyes que obligaran a pena y no a culpa; en cuyo caso, siempre que un gobernante uniera el castigo a la ley, se habría de pensar que no obligaba a culpa, sino que se contentaría solamente con el castigo, así pensaba el Doctor Navarro. Es más, podría haber leyes que no encarnaran ninguna forma de precepto, sino solamente de castigo: con ellas ni se ordenaría, ni se prohibiría nada, sino que solamente se establecería un castigo. Por consiguiente tales leyes no obligarían bajo culpa, sino tan solo a sufrir un castigo.

En todas esas distinciones, que son de Castro y Azpilcueta, ve Soto una manera enervante de enredar las cosas; a él le basta distinguir oportunamente entre *leyes* y *pactos*, por ejemplo; eso es suficiente para seguir manteniendo la relación necesaria entre pena y culpa.

El segoviano sale al encuentro de aquel modo de pensar, indicando que si se considerase suficientemente la *naturaleza de la pena*, no habría motivo para que

conventionis et pacti; no siendo propiamente “poenas”, sino “aflicciones penales”. Es lo que había enseñado Soto y luego Bartolomé de Medina.

³⁴ En esta misma dirección, Suárez añadiría, años después, una reflexión de gran interés, partiendo de la condición peculiar de la ley *penal*. Esta ley, sea penal del modo que sea, obliga al menos en conciencia a pagar o aguantar la pena; en efecto, aunque no obligue respecto al acto de modo absoluto, al no ordenarlo, sin embargo, sí obliga respecto a la pena que impone. Luego obliga a soportarla en conciencia, y, por consiguiente, obliga a una culpa. Efectivamente, esta ley posee la forma de una *proposición hipotética condicionada* –como también el voto penal posee esa misma forma: por ejemplo, ‘si juego, prometo dar un dinero como limosna’, lo cual, aunque no obligue a la omisión del acto de jugar en términos absolutos, sin embargo, obliga a la pena impuesta, que es como la segunda parte de la proposición hipotética condicional–. Luego, de modo semejante, la ley puramente penal, al tener esta forma de proposición hipotética condicionada –por ejemplo, quien haga esto, que sufra tal pena–, aunque no obligue absolutamente al acto, sin embargo, sí obliga en conciencia a él bajo la condición de pena, o sea, *obliga a soportar la pena*. Soto habría estado de acuerdo con esta pulcra descripción.

³⁵ Domingo de Soto, *De iustitia et iure*, I, q6, a5.

esta cuestión se pusiera en duda; y considera un error proponer que la ley que obliga bajo alguna pena, no obligue a culpa.

La tesis de Soto es clara: “No hay en absoluto ley penal alguna, si merece llamarse verdaderamente con este nombre, que no obligue a culpa, a no ser que expresamente indique la intención contraria, diciendo: ‘No intentamos obligar a culpa’, u otra expresión equivalente”³⁶. Esta tesis se halla también en Tomás de Aquino³⁷, quien dice que la pena tiene tan íntima conexión con la culpa, que si no es impuesta por un delito, carece de realidad y de nombre adecuado. Soto habla aquí de la *pena jurídica* en el sentido de castigo o vindicación; no la toma en sentido físico por el sufrimiento que alguien habría de padecer. De modo que por ningún motivo se puede, por ejemplo, vengar una injusticia o castigar, a no ser por algún delito. Y si no existe culpabilidad, no se puede llamar pena, salvo impropriamente y prescindiendo del sentido verdadero de la palabra. Porque el castigo es una justa compensación de la culpa.

5. El segoviano intenta confirmar su tesis indicando que si las leyes humanas se instituyen absolutamente, sin amenaza de castigo alguno, obligan a culpa. Ahora bien, la amenaza con el castigo añadida a la ley no significa que ésta no obligue; por tanto permanece asimismo aquella obligación. Pues la amenaza con el castigo de suyo tiene por objeto estimular con más diligencia el cumplimiento de la ley. De hecho, el castigar tiene como fin que la observancia de los preceptos se haga saber por la amenaza del castigo. Por tanto el castigo no es indicio de haber desaparecido el delito, sino testimonio manifiesto de la gravedad que se contrae con la transgresión u omisión de la ley.

Ni siquiera cabría aquí distinguir entre leyes de orden divino y leyes de orden humano, arguyendo que en aquéllas parece más evidente la conexión entre pena y culpa. Pues Soto considera como “excusa maliciosa” [*cavillosum diverticulum*] el decir que una cosa son las leyes divinas y otra las humanas: las leyes humanas han de ser una imitación de las divinas.

Y así, recuerda que, cuando un general amenaza con pena capital a un soldado para que no abandone el puesto, es culpa grave retirarse de él. Asimismo, contra nadie puede un jefe de estado decretar la pena de muerte, ni de mutilación, ni de destierro, ni de confiscación de todos sus bienes, a no ser por una transgresión u omisión de la ley que encierra culpa grave.

En resumen, el segoviano considera absurda la opinión de que las leyes que obligan a pena, no obliguen a culpa: porque la pena es por su naturaleza efecto e indicio manifiesto de culpa.

6. Se acaba de ver que si bien Soto reconoce que los autores que tales tesis mantienen son “dignos de aprecio” –y está pensando indudablemente en Alfonso de Castro–, no alcanza a penetrar la fuerza de esta distinción. Más aún, ve irrefutable [*inconcussam*] la verdad general de su tesis; esto es: *que no puede haber*

³⁶ Domingo de Soto, *De iustitia et iure*, I, q6, a5.

³⁷ Tomás de Aquino, *Summa Theologiae*, II-II, q108, a4.

nunca razón de castigo allí donde no se encierre una culpa. Faltando la culpa, aquello que tiene apariencia de castigo ha de ser considerado más bien como *precio* [*pretium*], o *tributo* [*pactum*], o cualquiera otra cosa [*vel quid aliud*]. Sin culpa no hay pena.

Por ejemplo, si los consanguíneos son declarados legalmente inhábiles o ineptos para contraer matrimonio, eso se legisla no por castigar, sino porque es una cosa absurda. Otro ejemplo, cuando se dice que sin culpa nadie debe ser castigado, sólo se indica que puede suceder que, cuando media una causa sin culpa, el hombre puede ser privado de alguna dignidad por falta de decoro; pero a eso se llama *irregularidad*, nunca *culpa*.

Sólo cuando la ley indica expresamente su intención de no obligar a culpa, el asunto está resuelto. Mas no se sigue de aquí que cuando se añade alguna pena sin tal indicación, desaparezca la culpa.

Así pues, quienes admiten la distinción entre leyes penales *puras* y *mixtas* pretenden que hay leyes que no obligan a culpa. Piensan que obligan a culpa solamente aquéllas que precisamente mandan que una cosa se haga o no bajo la amenaza de pena. Soto advierte que no se atrevería a negar que tales leyes penales –ya sean canónicas, ya civiles– con que se castigan los delitos, no obligan a culpa. Porque aunque aquellos delitos no hubieran sido prohibidos por otros mandatos, en ellos se expresa suficientemente que aquellas penas se establecen para evitar las culpas allí insinuadas, culpas que quedan prohibidas allí virtualmente.

Por tanto, el segoviano exige que el análisis de la relación entre culpa y pena sea más profundo. Cuando la pena se aplica a la culpa, la obligación cae bajo reato de culpa; mas cuando la ley tiene una forma más bien de *concesión*, o de *dispensa*, entonces la ley no obliga a culpa, pero tampoco en este caso lo que señala como pena tiene verdadera razón de ‘pena’, sino de *tributo*, o de *convenio* [*pretii aut conventionis*]. Soto aduce –ya hemos visto– algunos ejemplos de estas leyes. Primero: “Quien exportare trigo fuera del reino, sea privado de él, o sufra tal castigo”, esta ley ciertamente obliga a culpa; sin embargo si la intención del gobernante no fuera evitar la venta del trigo, sino reunir fondos por este medio, entonces la ley no obligaría a culpa; y en este caso tampoco la condición añadida tendría razón de *pena*, sino de *tributo* de la concesión, para que quien quisiere exportar, contribuya con un tanto. Segundo, el estado puede promulgar esta ley prohibitiva: “Quien tale árboles en el bosque, sea castigado con tal pena”; y de la misma manera, esta ley concesiva o permisiva: “Quien cortare árboles, pague como tributo tanto”. En este último caso la ley no sería penal, porque tampoco es una ley prohibitiva.

Brevemente: las leyes que explícitamente no obligan a culpa, sino a pena –y por tanto hablan de pena sin culpa– en realidad no establecen propia y legítimamente penas, sino que son como *convenios* o *pactos*.

3. Pena y condena

1. Otra cuestión importante que en tiempo de Soto se planteaba es si la ley penal obliga a la pena en el fuero de la conciencia *antes* de la condenación del juez³⁸.

A Soto le preocupa que el hombre pueda ser castigado sin suponer que su acción ilícita es una violación de la ley moral. Por lo tanto, exige, de un lado, que la sociedad se asegure a sí misma mediante un código de ley penal y, de otro lado, que con él pueda probarse la culpabilidad del delincuente, evitando respecto a éste los abusos del arbitrio judicial. Sin la existencia de leyes penales no se acaban respetando las leyes, especialmente las morales. Porque todas las leyes han sido dadas para la buena marcha y para la perfección de la sociedad. En particular las leyes penales se dan contra los transgresores de la ley, para que, al menos, se vean forzados a obedecerlas por el temor de las penas. En definitiva, esas leyes protegen el orden establecido y garantizan el cumplimiento mismo de todas las leyes.

Por eso mismo, la tesis de que la ley penal obliga a culpa y a castigo, lleva a preguntar si de la misma manera que obliga a culpa, obliga también al *cumplimiento* de la pena *antes* de la condenación del juez.

Quienes en tiempo de Soto defendían la tesis afirmativa, venían a decir que las leyes de esta clase no tienen menor fuerza para obligar a pena que a culpa; y por esto tendrían tanta eficacia para mandar como para castigar; y como sin que medie sentencia del juez obligarían a culpa, también del mismo modo podrían obligar a pena. Se insistía además en que si el juez, en virtud de la ley, obliga con su sentencia al cumplimiento del castigo, con mayor razón lo podría hacer la ley por sí misma; de lo contrario la ley tendría menor fuerza que el juez, siendo así que toda la fuerza de la sentencia dimana de la ley. Por último, si uno mismo puede obligarse a cumplir una pena, sin que medie sentencia alguna –como cuando uno promete castigarse con tal pena, si comete determinado delito–, de igual manera ha de poder hacer esto mismo la ley. Por ejemplo: puede un hombre fallecido haber legado a su mujer el usufructo de una finca con la condición de que no pase a segundas nupcias; y tan pronto como quebrantare esta condición, está ella obligada a renunciar este legado en favor del heredero. Este tipo de leyes obligarían en conciencia antes que lo determinara el juez.

2. Al responder a esta cuestión, Soto advierte que su solución ha de medirse nuevamente con las tesis de Alfonso de Castro: “Procuraré resolver la presente cuestión con más conclusiones de las que acaso sean menester; ya que la disputan muchos varones altamente doctos. Entre los cuales está el franciscano Alfonso de

³⁸ Siguiendo el uso de aquel tiempo, Alfonso de Castro había diferenciado dos tipos de leyes: las de sentencia *indeterminada* y las de sentencia *determinada*. Las primeras establecen una sanción sin especificar y dejan que el juez no sólo establezca la pena, sino también la imponga (se llamaban de *ferendae sententiae*). Las segundas fijaban ya una pena determinada, dejando que el juez la impusiera, bajo dos modalidades, llamadas ambas de *latae sententiae*: o bien obligando al mismo reo a ejecutarla, o bien aplicándola al reo, pudiendo otro ejecutarla. Actualmente parece imposible encontrar un ejemplo de leyes penales en que el delincuente esté obligado a ejecutar en sí mismo la sanción penal.

Castro, hombre sin duda alguna benemérito en letras y en religión, y por lo mismo para mí muy respetable. Pues aunque tanto en otras ocasiones como acaso en ésta haya profundizado con más seguridad que yo el asunto, sin embargo es claro que mantiene una postura muy distinta de la mía [*videor mihi tamen paulo aliter sentire*]³⁹.

Con un ejemplo procura Soto enmarcar el núcleo de la cuestión: “lo que principalmente importa saber es si, por ejemplo, tan pronto como uno quebranta una ley, que priva inmediatamente de sus bienes al transgresor, queda éste obligado en conciencia a entregar sus bienes al fisco, o por el contrario puede retenerlos sin culpa hasta que medie sentencia del juez, ya porque hasta este momento conserva su dominio, ya porque esté en posesión del título de propiedad, o concesión”⁴⁰.

Soto afirma que “aunque la ley penal diga ‘por el hecho mismo’ [*ipso facto*], o ‘por el derecho’ [*ipso jure*], o cosa semejante, *no obliga antes de la sentencia pronunciada por el juez*; de manera que el reo no está obligado en conciencia a enajenar sus bienes inmediatamente, una vez cometida la falta”⁴¹. Formula esta conclusión principalmente contra el Panormitano⁴² –inspirador de la postura de Castro–, el cual admite como regla que aquél que posee los bienes que son confiscados *ipso facto* (por el hecho mismo), no puede retenerlos en buena conciencia, porque pasan inmediatamente al fisco. Para apoyar su tesis Soto aduce pruebas “de razón natural”, sencillamente porque “los argumentos naturales son los intérpretes de la ley”.

3. Empieza indicando que la “poena”, según la misma palabra indica, es una cosa *pasiva*, sufrida, siendo connotada por los verbos “subire” y “pati”, entre otros: ahora bien es contrario a la naturaleza ser a la vez *agente y paciente*; por tanto, una ley que me constituyese a mí mismo ministro ejecutor de mi castigo “sería *contraria a la naturaleza*”. Y como las leyes humanas son verdaderas leyes si se derivan de la *ley natural*, no hay ley alguna que sea de esta manera obligatoria. De nuevo, la *proyección de la ley natural en las leyes penales* permite solucionar la cuestión.

Está convencido Soto de que este argumento es lo bastante fuerte como para desarmar a los defensores de la opinión contraria. La ley es, en verdad, una regla inanimada [*regula inanimis*] de nuestros actos, que ha de ser aplicada a los súbditos por los ministros de la justicia. Por tanto a los ministros –a los jueces– pertenece obligar a que los miembros de la sociedad observen la ley; esta coacción se ejerce por medio de la pena; por tanto, este castigo pertenece al juez, y sería antinatural encomendárselo al mismo reo. De ahí que Aristóteles llamara al juez la *justicia viva*, pues ha de proceder contra el reo en virtud de la ley. Por lo cual, cuando la ley

³⁹ Domingo de Soto, *De iustitia et iure*, I, q6, a6. Dice Castro: “Toda ley penal que contiene una sentencia *lata* obliga al transgresor en conciencia a la pena en ella impuesta” [*Omnis lex poenalis quae sententiam continet ab ipsa lege latam, obligat in conscientia transgressorem legis ad poenam in illa statutam*]; *De potestate legis poenalis*, II, c8. Según Castro, al reo se le crea una obligación sin necesidad de sentencia judicial posterior. Une así en un solo acto el legislar y el juzgar.

⁴⁰ Domingo de Soto, *De iustitia et iure*, I, q6, a6.

⁴¹ Domingo de Soto, *De iustitia et iure*, I, q6, a6.

⁴² Nicolás Tudeschi (Panormitano), *Lectura super libros Decretalium*, 1, 2, 1; 1, 43, 4.

penal manda que nadie haga una cosa, se refiere a los miembros de la sociedad, a los *súbditos*; y cuando añade que quien quebranta este mandato pierda por lo mismo el dominio de sus bienes, o “por el derecho” [*ipso jure*] sea privado de ellos, o sean confiscados, no se refiere tanto a los súbditos como a los *jueces*, que son los ejecutores de la justicia, a los cuales impone tal encargo.

4. El argumento que Soto considera “más fuerte” para apoyar su razonamiento es que “por muy severa que sea una ley, sin embargo siempre respeta el *derecho natural*, que dicta que el culpable sea escuchado”⁴³. No se puede resolver nada contra la parte que no ha sido escuchada; y esto es así porque lo prohíbe el derecho natural. Y es que la ley se dicta en general, y no puede conocer las circunstancias particulares de lo contingente; de este cuidado queda encargado el juez, para que resuelva el caso considerando las circunstancias: porque puede ciertamente haber en el culpable ignorancia, o incapacidad, o una ocasión irresistible, etc.; y porque muchas veces es tan leve el delito que el juez no hace uso de todo el rigor del derecho, y como consecuencia, no se le despoja de todos sus bienes. Por eso añade Soto de modo vibrante, y casi con irritación: “Aunque la ley diga mil veces, *ipso jure, ipso facto, eo ipso*, se ha de aplicar la epiqueya, la cual no puede quedar excluida de estos juicios por ninguna ley. Por lo cual cuando la ley dice *ipso facto*, quiere decir, atendiendo a la naturaleza y condición del hecho; lo cual no es obstáculo para que de nuevo se examine la pena según la cantidad y modo del delito; como lo haría el mismo legislador, si estuviera presente”⁴⁴.

De ahí que el segoviano considere exquisitamente razonable y consecuente otra ley: que nadie sea condenado sin estar convicto y confeso. Pues la *razón natural* dicta que no se puede colocar al delincuente en la obligación de entregar al fisco sus bienes antes de que el juez le obligue, según defiende la tesis opuesta a la de Soto. Porque no sólo se le obligaría a ser el *ejecutor* de la ley contra sí mismo, cosa que la naturaleza reprueba, sino que asimismo se lo constituye en *juez*, para que él mismo juzgue si su delito merece un grave castigo.

5. Los oponentes de Soto replicaban que, si esa tesis fuese cierta, se seguiría que el ladrón que ocultamente robara al fisco no estaría obligado a restituir, por no descubrirse. A lo sumo –y en esa hipótesis– se debería de restituir secretamente por medio de tercera persona; y si no pudiera hacerlo sin infamia, cesaría la obligación de restituir.

En su respuesta a esta interpretación, Soto advierte que hay una gran diferencia entre *pena* y *restitución*. Pues aunque nadie está obligado a manifestarse reo para ser castigado, por la precisa razón de que nadie está obligado a ser agente y

⁴³ Domingo de Soto, *De iustitia et iure*, I, q6, a6.

⁴⁴ Domingo de Soto, *De iustitia et iure*, I, q6, a5. Con esto plantea Soto una cuestión interesante: la extensión del *ámbito de la obligación*. Si una ley obliga bajo culpa, entonces siempre y en todas partes tiene la misma fuerza obligatoria. Pero ese ámbito de la obligación moral de la ley no puede ser tan amplio y genérico como aparece en el texto legal. Por eso es preciso hacer uso de la *epiqueya*, suponiendo que el legislador no pudo intentar que la ley obligaría en aquel caso particular. Se puede incluso dispensar entonces de la ley.

paciente, lo cierto es que “si yo he robado a otro, estoy obligado a restituirlo no como *castigo*, sino por razón de la *justicia conmutativa*”, aunque fuera necesario descubrirme con deshonra, si en secreto no puedo lograrlo. “Porque la regla de que nadie está obligado a restituir el dinero con detrimento de su fama, es engañosa e insostenible, entendida en general, sin reservas, ni excepciones”⁴⁵. Por ejemplo, quien roba al fisco, o una gran suma de dinero, debería restituir, con detrimento de su fama.

En conclusión: la “razón natural” dicta que se ha de permitir que el reo conserve sus bienes hasta la condenación; e incluso se ha de prohibir que se los arrebaten. La índole de esta permisión ha de medirse atendiendo a la materia de que se trata. Porque cuando uno es dueño y poseedor legítimo de sus bienes antes de que cometa el delito, y la ley, después de imponer el castigo de la privación, añada inmediatamente que no se haga la confiscación antes de que se le condene por el juez, claramente se entiende que al reo se le concede el uso de sus bienes. Lo contrario sucede en el caso del robo.

6. Soto señala que, en esta cuestión, es importante captar el sentido verdadero de la expresión *ipso facto*, que significa: dado a conocer por la sentencia del juez. De la condenación del hecho se sigue que se incurre en la pena que las leyes de esta clase señalan.

Ve correcto decir que la sentencia sobre semejante hecho consiste solamente en declarar que hubo crimen; sin embargo no por ello concede que cuando el crimen es notorio, no sea necesario esperar la sentencia del juez; porque no es suficiente cualquier declaración del delito, sino la que se hace jurídicamente *por medio de sentencia*. Y esto mismo demuestra la debilidad del argumento que se esgrime contra Soto, que viene a decir lo siguiente: si se requiere la sentencia solamente como *declaratoria* del delito, ¿qué necesidad tiene el delincuente, a quien le es *conocidísimo* el hecho, de esperar la sentencia del juez, a fin de que se crea obligado a entregar sus bienes? Soto advierte que esa objeción comete siempre el mismo fallo: porque la razón natural dicta que no se necesita la sentencia solamente como una *declaración*, sino, como declaración *condenatoria*.

También santo Tomás enseñaba expresamente⁴⁶ que nadie está obligado a la pena antes de la condenación hecha por el juez.

7. De esta doctrina de Soto se desprenden varias conclusiones importantes.

Primera, cuando un juez condena a un reo –justamente y conforme a las leyes del derecho– *a sufrir una pena que* no sea la de muerte o causadora de alguna lesión corporal, el culpable está obligado a obedecer, aunque tenga que pagar una multa, o marchar al destierro, o permanecer perpetuamente en la cárcel. Esta conclusión se deduce de que todos estamos obligados a obedecer a los poderes, a no ser que una ley divina o natural nos excuse; pero en esta ocasión no existe excusa ninguna, por lo cual no se necesita más ejecutor de la ley que el mismo juez que dicta la sentencia: porque cuando no se trata de tormento corporal, tal

⁴⁵ Domingo de Soto, *De iustitia et iure*, I, q6, a6.

⁴⁶ Tomás de Aquino, *Summa Theologiae*, II-II, q62, a3.

ejecución es legítima. El condenado, ya sea desterrado, ya castigado con una multa, está obligado a obedecer sinceramente.

Segunda, cuando el juez condena al reo a *supplicio corporal* –cosa frecuente en el mundo antiguo– en este caso sólo está obligado a sufrirlo, pero de ninguna manera a procurarlo. Esta conclusión se deriva del *derecho natural* que tenemos de defender nuestra vida, el cual nos excusa de que nadie pueda obligarnos a tomar venganza contra nosotros mismos; o sea, *ipso facto* nadie puede ser condenado por ninguna ley a esto, ni tampoco a aquello para que se precisa su acción.

Tercera, aunque la ley obligue tanto a pena como a culpa, sin embargo, es de distinta manera. Porque siendo como es una regla que encarna una *ley natural*, por lo mismo que alguien se aparta de ella, cae en culpa; pues la culpa no es otra cosa que un apartamiento de la ley que emana de la ley natural –y remotamente de la eterna–. Pero a la pena, obliga estableciéndola. Y en este sentido se dice que la ley castiga. Mas aplicar el castigo pertenece al juez.

Cuarta, aunque la obligación de someterse a la pena no exista antes de la sentencia del juez, no se sigue de aquí que el juez tenga más poder que la ley, porque el juez no obra sino en virtud de la ley, como ministro de la ley, y es la ley la que obliga de suyo a culpa. Pero de aquí solamente se sigue que el valor punitivo de la ley no llega al culpable sino mediante la acción de su ministro. Por cuya razón Aristóteles lo llama la justicia viva.

Quinta, lo dicho enmarca muy bien la esencia y el ámbito de la ley penal. En el ejemplo que antes se propuso sobre el legado que alguien hace a su mujer, imponiéndole condiciones, semejante ley de ninguna manera puede considerarse *penal*, ni siquiera *ley* en sentido estricto; porque el fallecido, si era persona particular, no podía establecer una ley, sino sólo un *pacto condicional*: te doy para que hagas. Por lo cual si tú no cumples la condición, estás obligado a devolverme lo mío. Asimismo afín a esta conclusión es la respuesta que debe darse al caso de las leyes con que los gobernantes suelen atar las manos de los administradores de la justicia para que no reciban regalos. “Porque eligiéndolos por su libre voluntad y por ministros suyos y asignándoles sueldo de su erario y pagándoles sus derechos en virtud de su mandato, pueden elegirlos con tal condición de que se obliguen en conciencia a sufrir las penas de sus delitos. Y por ello si aceptan la condición, están obligados a cumplirla. Por esta causa son obligados con juramento, porque de otra manera la ley no podría obligarles por sí misma a un castigo antes de ser condenados”⁴⁷. Y no es que “estén *obligados en conciencia* a pagar”, porque los gobernantes seculares no deben juzgar sobre la conciencia⁴⁸. Si estas leyes

⁴⁷ Domingo de Soto, *De iustitia et iure*, I, q6, a6.

⁴⁸ Como profesor del claustro universitario de Salamanca, Soto hace una interesante referencia a la conducta que deben seguir los miembros activos de aquella Universidad: “Respecto a las leyes penales de la Universidad de Salamanca, con las cuales los que piden o buscan recomendaciones, o sobornan, son privados *ipso facto* de voz activa, siempre he pensado que no hay obligación en conciencia de someterse a esta pena antes de condenación. A no ser aquél que tildado de mala fama en este asunto, al ser interrogado en juicio, no dijera la verdad. Porque a éste lo juzgaría como si estuviere ya condenado”.

intentaran obligar en conciencia antes de la condenación, “no debían de ser promulgadas, por peligrosas”.

Sexta, aunque existiera una especial aplicación de la pena a los asesinos, a saber: que cualquiera podría matarlos libremente, Soto advierte que esto no sería lícito hacerlo a cualquier persona particular antes de que se les condenase por su crimen; de otra manera, se daría ocasión a que cualquiera fingiese a éste o aquél como asesino, para dar muerte a quien quisiera. Esta licencia por tanto sería criminal; y por esto a nadie le es permitido esto antes de la sentencia del juez; por consiguiente tampoco es permitido despojarlos de sus bienes antes de que el juez lo sentencie.

Séptima, es necesario reparar con cuidado en lo que la ley tiene propiamente de *pena*, y lo que tiene de *tasa* o cosa semejante. Porque cuando por una ley se determina el precio del trigo u otra mercancía añadiendo la pena, si alguno vende más caro está obligado a restituir en conciencia el exceso con que sobrepasó el precio señalado; sin embargo no está obligado a la pena antes de la condenación⁴⁹.

4. Panorámica áureosecular sobre la división de la ley penal

1. En todo este planteamiento de filosofía penal –que va desde la autoridad de la ley hasta la relación entre pena, culpa y condena–, Soto quiere defender la eficacia moral y la eficacia penal de las leyes penales; y también la vinculación del derecho penal a la moral. Para Soto, de un lado, el derecho se mueve dentro de la moral: el derecho no es una pura norma técnica, éticamente indiferente; y, de otro lado, la misma orientación moral se mueve dentro del ordenamiento divino: es impensable una moral independiente. Sólo en el siglo siguiente al de Soto, justo con Hugo Grocio⁵⁰, se empezó a separar el derecho y la moral. Pero Soto entiende el *delito* y la *pena* como entidades jurídicas y como entidades éticas: fuera de la ética no puede crearse ni aplicarse el derecho.

⁴⁹ Tomás de Aquino, *Summa Theologiae*, II-II, q62, a3.

⁵⁰ En su obra *De jure belli et pacis*, publicada en 1625, funda Grocio el derecho en el “instinto de sociabilidad” y la moral en la “justa estimación” de las cosas. Inmediatamente después, esa separación es acentuada por Puffendorf, quien en su obra *De iure naturae et gentium* (1672) divide los deberes en dos esferas: la interna de la conciencia y la externa o social. Finalmente Thomasius enseña en su obra *Fundamenta iuris naturalis* (1718) que el objeto de la moral son los deberes positivos que no se urgen mediante coacción, teniendo como fin la “paz interna”; y el objeto del derecho son los “deberes negativos” exigibles por la coacción, siendo su fin la “paz externa”. Cfr. F. Todescan, *Le radici teologiche del giusnaturalismo laico. Il problema della secolarizzazione nel pensiero di Ugo Grozio*, Guiffirè Editore, Milano, 1974; H. Ley, *Geschichte der Aufklärung und des Atheismus*, Deutscher Verlag der Wissenschaften, Band 2/2 y 3/1, Berlin, 1971 y 1978; L. Lombardi Vallauri / G. Dilcher (eds.), *Cristianesimo e Diritto Moderno*, Giuffirè Editore-Nomos Verlagsgesellschaft, Milano-Baden Baden, 1981; S. Akhtar, *The Light in the Enlightenment: Christianity and the Secular Heritage*, Grey Seal, London, 1990.

2. Cuando Soto escribe su tratado –que en realidad es un comentario a las cuestiones de *Summa Theologiae* sobre la ley (I-II) y sobre el derecho (II-II)– circulaba ya entre los especialistas –como quedó dicho– la distinción que Alfonso de Castro había hecho entre las leyes penales: morales (que obligan gravemente en el foro de la conciencia), mixtas (que obligan interna y externamente, o sea, a cumplir también las penas establecidas) y meramente penales (que sólo obligan en el foro externo).

Acerca de la obligatoriedad moral de las leyes, Domingo de Soto enseña, como todos los autores del Siglo de Oro, que *la ley humana puede obligar en conciencia a los súbditos*, aunque la ley humana injusta no obliga en el fuero de la conciencia. Tratándose concretamente de las leyes penales, está de acuerdo con Castro en que *pueden obligar simultáneamente a culpa y a pena*. La ley penal legítima obliga moralmente: porque toda ley humana obliga a culpa por sí misma, sin el gravamen de la pena; y como la anexión de la pena no anula la culpa, pueden coexistir culpa y pena en una misma ley. La causa de la pena es la proporción con la culpa cometida –y sin culpa carece de sentido–, a no ser que el legislador exprese en la ley la intención contraria de no obligar. También concuerda Soto con Castro en afirmar la obligatoriedad moral de las leyes penales.

El problema residía, para Soto en si pueden existir leyes en las que la obligación moral desaparezca por completo, siendo sustituida por el simple temor de la pena –que es lo que a su juicio hacía Castro, distinguiendo leyes penales mixtas y leyes meramente penales; las primeras, obligatorias a culpa y pena, y las segundas, que imponen sólo una pena condicional–. Soto niega la *posibilidad* de leyes meramente penales, porque *no puede haber pena sin culpa*. Ahora bien, admite que sólo cuando la misma ley declara que no intenta obligar moralmente, cesa la obligación moral. En tal caso la ley misma hace una cierta “dispensa” de la obligación moral, de modo que el gravamen impuesto no es una pena, sino un *precio* convenido o pactado, una tasa que se paga para obtener una dispensa de la ley. Por ejemplo, el estatuto de una orden religiosa establece penas, pero un estatuto no es una ley en sentido estricto, por lo que no prescribe bajo una obligación moral.

En este planteamiento Soto fue seguido, entre otros, por Bartolomé de Medina⁵¹ y por Roberto Bellarmino⁵². Uno y otro recalcan que no podían darse leyes, propiamente tales, que no obliguen moralmente, o sea, leyes meramente penales: todas obligan en conciencia. Y si los estatutos religiosos, como dice Soto, obligan sólo a pena, no lo hacen por ser leyes, sino por ser pactos o convenios; es más, las “penas” que imponen no son tales sino castigos penales (aflicciones penales).

3. En cambio, Martín de Azpilcueta –el Doctor Navarro⁵³–, comentando el libro de Castro afirma que si una ley moral sufre el gravamen de una pena temporal, hay que presumir, en caso de duda, que queda anulada la pena eterna y, por supuesto, el reato moral de conciencia. No quiere decir, pues, Azpilcueta que ninguna ley penal

⁵¹ Bartolomé de Medina, *Expositio in Primam Secundae*, q96, a4.

⁵² Roberto Belarmino, *De laicis*, c9.

⁵³ Martín de Azpilcueta, *De lege poenali*, c2, 12, 11 (*Opera*, t. II).

humana obligue moralmente; en realidad está diciendo que sólo en caso de duda se anula toda culpabilidad moral. Martín de Azpilcueta no admite la división que Castro introdujo en la ley por su obligatoriedad, a saber: puramente moral, puramente penal y mixta. Y enseña que por su obligatoriedad las leyes son o morales o simplemente penales. De modo que sin negar las leyes puramente penales, explica que por el solo hecho de que una ley quede gravada con una pena, deja de obligar moralmente; pues una misma ley no puede imponer dos cargas: la obligación moral y el temor de la pena.

Siguiendo a Azpilcueta abordó este problema Gregorio de Valencia, profesor español en la universidad de Insbruck, en su opúsculo titulado *De potestate legis humanae praesertim ecclesiasticae*⁵⁴. Sienta tres tesis básicas. Primera, que las leyes eclesiásticas y las civiles obligan bajo culpa grave *cuando* el legislador lo intenta y la materia es grave; e incluso cuando la materia no es grave, puede obligar *bajo* culpa grave, si las circunstancias así lo determinan. Segunda, que hay leyes que sólo obligan a la pena: son las leyes meramente penales, aquéllas sobre las que no consta que el legislador intente obligar, al mismo tiempo, a culpa y a pena. Incluso llega a negar que la pena sea infligida por la culpa. Tercera, que toda ley – como afirmó Azpilcueta –, por el solo hecho de ser gravada con una pena, cesa de obligar moralmente, bastando el temor de la pena para garantizar su observancia. En realidad, rechaza las leyes mixtas admitidas por Castro. Valencia enseña, pues, que el legislador puede dar leyes sin obligación moral.

4. Araújo tiene presentes las polémicas indicadas cuando redacta su tratado sobre las leyes. Y aunque no renuncia a la tradición salmantina, queda impactado por dos obras magistrales, tituladas *De legibus*, que se publican a principios del siglo XVII, ambas escritas por jesuitas. Una es la de Juan de Salas⁵⁵; y otra es la de Francisco Suárez⁵⁶.

Salas viene a coincidir sustancialmente con la división hecha por Castro, aunque indica que las llamadas leyes meramente penales también obligan moralmente y en conciencia a lo preceptuado en ellas, *salvo que* el mismo legislador expresamente declare que no quiere obligar más que a la pena. Por lo tanto, leyes meramente penales son únicamente aquéllas en que el legislador *excluye* la intención de obligar moralmente.

Francisco Suárez no tiene dudas acerca de la *posibilidad* de las leyes meramente penales que sólo obligan a la pena. Y acepta, con Castro, la triple categoría de leyes: *puramente morales, puramente penales y mixtas*. La posibilidad de las leyes meramente penales se fundamenta en la potestad del legislador, quien *puede* dar una ley o *simplemente moral o puramente penal*, lo cual no va ni contra la razón de ley ni contra la razón de justicia; y *puede* dar también la ley penal mixta (moral-penal), por la misma razón. Por ejemplo, la *ley puramente penal* no va contra la razón de ley; y así hay constituciones de órdenes religiosas –que a juicio de Suárez

⁵⁴ Gregorio de Valencia, *De rebus fidei hoc tempore controversis*, colección de opúsculos, en el que se halla la referida obrita. Se halla en *Commentariorum theologicorum*, t. 2, d7, q5.

⁵⁵ Juan de Salas, *Tractatus de legibus*, disp15, sec1: *De lege poenali*.

⁵⁶ Francisco Suárez, *De legibus*, V, c4: “An dentur vel dari possint leges mere poenales”.

deben ser tenidas por leyes estrictas y no por pactos— que sólo obligan a la pena. Para que haya ley, dice Suárez, ha de haber alguna obligación, sea bajo culpa, sea bajo pena. Y, por otra parte, la ley puramente penal no va contra la justicia, pues para que la pena sea justa basta que se imponga por *causa* justa (por ejemplo, porque lo exige el bien común, sin necesidad de añadir un gravamen moral: bastaría el temor de la pena).

Para que halla leyes penales todo depende de tres factores: la *intención del legislador*, los *términos de la ley* y la *materia de la misma*. Factores que ya fueron indicados por Castro.

El único problema que, en la teoría de Suárez, queda flotante, es el concepto de “obligación bajo pena”, el cual se precisa para salvar la propiedad esencial de *obligar* en las leyes puramente penales.

Fuera de la discusión acerca de lo propiamente *normativo*, no puede negarse que entre la moderna filosofía del derecho es frecuente la aceptación de la *obligación únicamente jurídica*. No obstante, también se encuentran reacciones contra la teoría de las leyes meramente penales.

5. Araújo defiende que las leyes humanas preceptivas o morales y las mixtas, que a la vez contienen precepto o prohibición y establecen pena, obligan a culpa; *pero no las que son puramente penales y, por su propia forma, establecen la sola pena*. Araújo recuerda que el carácter de ley humana se salva por el hecho de obligar a la sola pena y por el hecho de que existen realmente algunas leyes puramente penales en algunas órdenes religiosas que obligan a la sola pena; solamente obligan a soportar la pena fijada. Según Araújo, Santo Tomás opina que se dan leyes puramente penales cuya transgresión, excluida la negligencia y el desprecio, de ningún modo es pecado. Los legisladores humanos, dice Araújo, pueden presentar leyes de tal índole que obliguen a la sola pena, si expresan que ellas tienen dicha intención; pero expresan suficientemente esta intención cuantas veces presentan leyes penales sin precepto alguno o prohibición, bajo esta fórmula: “quien haya hecho esto o haya omitido aquello, pague tal pena”. Tales leyes tienen capacidad de obligar de hecho a la sola pena. La justificación de esta tesis está en que la adecuada razón de obligar a culpa es el precepto del superior o su prohibición; pues bien, si el superior puede presentar una ley que contiene precepto o prohibición y declarar su voluntad de obligar a culpa, también puede establecer una ley sin precepto o prohibición alguna manifestando su voluntad de obligar a sola pena.

En este punto Araújo reconoce, respecto a la posición de Soto —y a una distancia temporal de noventa años—, que la interpretación dominicana ha sido paulatinamente superada desde los supuestos del franciscano Castro, alentada especialmente por Vázquez y Suárez. Considera Araújo que no es propio de la esencia de la pena, tomada en toda su extensión, expresar o indicar orden a culpa *determinadamente*, sino expresarlo sólo *disyuntivamente*, o a culpa o a una causa, como lo había indicado Azpilcueta. No es propio de la esencia de la ley penal, concluye Araújo, imponer la pena determinadamente a causa de la culpa a la que

obliga, sino es suficiente que imponga la pena por una *causa* que no es necesariamente la culpa⁵⁷.

⁵⁷ Francisco de Araújo, *De legibus*, I-II, q97, sec6.